

# KISMÎ DAVA

ÇELİK AHMET ÇELİK

## 1- 6100 sayılı Yasa'dan önceki dönemde "kısmi dava" uygulaması

Önceki 1086 sayılı Hukuk Yargılama Yasası'nda bir hüküm bulunmamakla birlikte, başlangıçta miktarı ve kapsamı belirlenemeyen tüm tazminat ve alacak davaları yıllarca "**kısmi dava**" adı altında açıldı. Bu bir zorunluluktu. Hattâ çaresizlikti. En önemli sakıncası zamanaşımının, yalnızca "kısmi istek" tutarı ile sınırlı olarak kesilmesi idi; "tespite ilişkin" asıl büyük bölüm için zamanaşımı kesilmemiş sayılıyor; dava değerinin artırılması ve harç tamamlama işlemi yeni bir dava sayılarak davalıya zamanaşımını ileri sürme fırsatı veriliyordu. Fazlaya ilişkin hakların saklı tutulduğu açıklaması da, istek sonucunun tespite ilişkin bölümünü kapsamıyor, kurtarmıyordu. Bütün bu olumsuzluklar ve yıllarca uzayıp giden davalar yüzünden pek çok hak kayıplarına uğranıldı.

Oysa, önceki dönemde, başlangıçta miktarının kesin bilinmesi olanaksız insan zararları (ölüm ve bedensel zararlar) ile miktarını tam ve kesin olarak bilmesi kendisinden istenemeyecek ve beklenemeyecek işçilerin alacakları için açılan davalara **kısmi dava** denilmesine karşın, bunlar 6100 sayılı Yasa'nın 109.maddesindeki "**kısmi dava**" değil, Yasa'nın 107.maddesindeki "**belirsiz alacak ve tespit davası**" niteliğinde idi. Ama nedense bir türlü bunun böyle olduğu kabul edilemiyordu. Önceki dönemin kısmi davası aslında (yeni yasadaki belirsiz alacak ve tespit davası gibi) bir "tespit davası" olmasına, bunu böyle kabul etmekte yasal bir engel bulunmamasına karşın, bu gerçek bir türlü kabul edilmedi; katı biçimcilik hakkın özünü yoketti. Her yıl yüzlerce davada hak kayıpları olurken kimse buna bir çözüm bulalım demedi.

Önceki dönemdeki "kısmi" davaların açılışı ile yargılama aşamalarına baktığımızda, bunların 6100 sayılı Yasa'nın 109.maddesindeki belli bir alacağın bir bölümünün istendiği "**kısmi dava**" değil, Yasa'nın 107.maddesindeki "**belirsiz alacak ve tespit davası**" niteliğinde olduğu açıkça bellidir. Bunun böyle olduğu, 107.maddenin Adalet Komisyonu Değişiklik Gerekçesinde de açıkça görülmektedir.

Uzun yıllar boyunca "kısmi dava"nın "tespite ilişkin bölümü" için "ek dava" adı altında yeni bir dava açılmakta iken, 1086 sayılı Yasa'nın 87/Son maddesindeki "dava değerinin ıslah yoluyla dahi artırılamayacağına ilişkin" hükmün, Anayasa Mahkemesi'nin 7.11.2000 gün 1/33 sayılı iptal kararıyla iptal edilmesinden ve böylece aynı dava içinde (kısmi davada) dava değerinin artırılması olanağı elde edildikten sonra da "tespite ilişkin" bölüm" için (ıslah adı altında) harç tamamlama işlemi yeni bir dava sayıldı.

Oysa, hakça bir çözüm için hiçbir yasal engel yoktu. Dahası yürürlükteki yasalarla pekala hakça bir çözüme ulaşılabilirdi. Özellikle insan zararlarına ilişkin davalarda, yargıç, zararı ve kapsamını araştırıp hüküm altına almakla yükümlü iken (818 sayılı BK.m.42/2) ve 1086 sayılı Hukuk Yargılama Yasası'nın 74.maddesindeki "Medeni Yasa'daki hükümlerin saklı olduğuna" ilişkin açıklama, (Borçlar Yasası'nın Medeni Yasa'nın ayrılmaz bir parçası olduğu anımsanarak) BK.m.42/2 ile ilişkilendirilmek suretiyle yargıcın görev ve yetkisi çerçevesinde zararın tamamının hüküm altına alınması olanağı sağlanabilecek iken, bu yolda görüş ve içtihat oluşturulmadı; böyle bir hakça çözüm düşünülmedi. Sonuç olarak, uzun yıllar boyunca nice hak ve alacaklar ya zamanaşımına uğratıldı ya da biçimsel dayatmalarla zarar sorumluları tazminat ödemekten kurtarıldı.

En büyük haksızlıklar işçilere yapıldı. İşçi alacaklarında, davadan önce ihtarname gönderilmemiş ise, kısmi dava, işverenin temerrüdü için yeterli sayılmadı. Tespite ilişkin bölüm için faiz, dava değerinin artırıldığı "ıslah" tarihinden başlatıldı; burada da davalıya zamanaşımını ileri sürme fırsatı verildi. Şimdi de, işçinin belirsiz alacak davası veya kısmi dava açamayacağı türünden görüşler ileri sürüldüğünü kaygıyla izliyoruz.

## 2- Yeni Yasa'daki "kısmi dava", önceki dönemin "kısmi davası" değildir.

6100 sayılı yeni Hukuk Yargılama Yasası'nın 109.maddesinde ayrı bir dava türü olarak yer alan "kısmi dava" ile önceki dönemde tazminat ve alacaklar için açılan "kısmi dava" arasında, aynı adı taşıma dışında bir benzerlik yoktur. Yeni Yasa'nın 109.maddesindeki "kısmi dava" başka tür bir davadır.

Daha açık bir anlatımla, önceki yasa döneminde başlangıçta miktarının kesin bilinmesi olanaksız insan zararları (ölüm ve bedensel zararlar) ile miktarını tam ve kesin olarak bilmesi kendisinden istenemeyecek ve beklenemeyecek işçilerin alacakları için açılan "kısmi dava" değildir. İkisi de aynı adı taşımasına karşın, yeni Yasa'nın 109.maddesindeki "kısmi dava" bir başka dava türüdür; gerçek kısmi davadır. Yukardaki bölümlerde açıkladığımız gibi, önceki dönemde tazminat ve işçi alacakları için "kısmi dava" adı altında açılan davalar aslında yeni Yasa'nın 107.maddesindeki "belirsiz alacak ve tespit davası" niteliğinde idi.

## 3- Yeni Yasa'da "kısmi dava" düzenlemesi

Madde: 109-(1) Talep konusunun niteliği itibarıyla **bölünebilir** olduğu durumlarda, sadece bir kısmı da dava yoluyla ileri sürülebilir.

(2) Talep konusunun miktarı, taraflar arasında **tartışmasız** veya açıkça **belirli** ise kısmi dava açılmaz.

(3) Dava açılırken, talep konusunun kalan kısmından açıkça feragat edilmiş olması hâli dışında, kısmi dava açılması, talep konusunun geri kalan kısmından feragat edildiği anlamına gelmez.

Yukardaki madde hükmüne göre "kısmi dava" açabilme koşulları :

- İstek konusu "**bölünebilir**" olmalıdır.
- İstek miktarı taraflar arasında "**tartışmalı**" ve "**belirsiz**" olmalıdır.

Denecektir ki, istek konusu "bölünebilir" ve miktarı taraflar arasında "tartışmalı" ve "belirsiz" ise, koşulları elverişsiz "kısmi dava" yerine, 107.maddedeki "belirsiz alacak davası" açılması daha doğru ve daha uygun olmaz mı ? Kısmi davada zamanaşımı istek tutarıyla sınırlı olarak kesilmekte, tespite ilişkin bölümün zamanaşımına uğrama tehlikesi bulunmakta, alacaklarda faiz başlangıcı ıslah tarihi olmakta; bunca olumsuzluk neden göze alınsın ?

Buna şu yanıtı verebiliriz: İnsan zararları (ölüm, bedensel zarar, ruhsal sarsıntı) için açılacak tazminat davaları ile başlangıçta miktarı bilinmesi olanaksız ve bilmesi kendisinden beklenemeyecek işçiler adına açılacak davalar, Yasa'nın 107.maddesindeki "belirsiz alacak" veya "tespit" davası biçiminde açılmalıdır. Bu iki dava türü onlar için daha elverişli ve daha güvenlidir.

Yasa'nın 109.maddesindeki "kısmi dava", yukarda belirttiklerimiz dışında, alacağı "tartışmalı" ve kesin belirlenemeyen (likit olmayan) kişilerin başvurabilecekleri bir yol olmalıdır. Eğer alacağın kesin tutarı, ancak yargılama sırasında toplanan kanıtlara, sav ve karşı sava göre yapılacak bir hesaplama (hesaplaşma) sonucu belirlenebiliyorsa, alacaklı için "kısmi dava" en uygun bir dava türü olacaktır.

Kısmi dava yoluna bizce şu durumlarda başvurulabilir:

Eser sözleşmesinde kesin bir ücret kararlaştırılmış olmasına karşın, eksik veya fazla işler için ücret uyuşmazlıklarında; kiralayan-kiracı arasında gerek kira paraları ve gerekse apartman veya onarım giderleri konusundaki anlaşmazlıkta; alıcı-satıcı, tüccar ve esnaf arasındaki parasal sorunlarda; yalnızca maddi hasarla sonuçlanan kazalarda, can zararının söz konusu olmadığı bina ve yapı eserlerinden kaynaklanan zararlar da "kısmi dava" açılması uygun olur.

#### 4- Kısmi davada “fazlaya ilişkin haklar” saklı tutulmalı mıdır?

a) Bugüne kadar süregelen uygulamada, “kısmi dava” dilekçesinde “fazlaya ilişkin hakların saklı tutulduğunun” açıklanmaması, zımni feragat” olarak nitelendi; feragatin açık, anlaşılır ve kesin olacağı kuralı gözardı edildi. Bu konuda, Yasada açık bir hüküm ve zorunluluk olmamasına, öğretide de yoğun eleştiriler yapılmasına karşın, Yargıtay bu yanlış uygulamayı hep sürdürdü. Bu yüzden, henüz genç ve deneyimsiz bir avukatın, dava dilekçesinde “fazlaya ilişkin hakları saklı tutmaması” başına türlü belalar açtı. Avukat tutmak zorunda olmayan, davasını kendi açıp izleyen yurttaşlar hak kaybına uğratıldı. Bu haksız, bu mantık dışı ve insafsız uygulama kimin aklının ürünüdür, bu yolu kim açmıştır, kimse sorgulamadı. Oysa, yasayı bilmemek özür değilse de, böylesi birilerinin koyduğu kuralların bilinmemesi hak kayıplarına yol açmamalıydı.

b) 6100 sayılı yeni Hukuk Yargılama Yasası’nın “kısmi dava” başlıklı 109.maddesinin 3.fıkrasında, böylesi hak kaybettirici kurallara son vermek için şöyle bir açıklama konulmuştur:

Madde: 109, fıkra: 3- **Dava açılırken, talep konusunun kalan kısmından açıkça feragat edilmiş olması hali dışında, kısmi dava açılması, talep konusunun geri kalan kısmından feragat edildiği anlamına gelmez.**

Yasaya konulan bu hükme karşın, gerek bilim çevreleri ve gerekse konuyla ilgili olanlar, öteden beri olduğu gibi, “kısmi dava” açılırken “fazlaya ilişkin hakların saklı olduğunun” açıklanmasını gerekli buluyorlar; bunun asla savaşkanmaması uyarısını yapıyorlar. Bizce haklılar.<sup>1</sup>

Bu konuda değerli bir hukukçu da şu uyarılarda bulunmuştur:

“Yeni düzenleme ile kısmi dava açan davacı, alacağının geri kalan kısmını saklı tutmasa da kısmi dava kesin hükümle sonuçlanıncaya kadar talep sonucunu aynı davada artırabilir veya ayrı bir dava konusu yapabilir. Böylelikle uzun yıllar davacının kısmi dava açarken alacağının geri kalan kısmını saklı tutmadığı için feragat ettiği kabul edilerek uğradığı hak kaybı önlenmiş olmaktadır. Ancak alacağını talep ederken **açtığı davanın kısmi dava olduğunu belirtmeyen** davacı, bu davadaki hükmün kesinleşmesinden sonra, alacağının geri kalan kısmını dava edemeyecektir. Farklı bir ifade ile alacağını saklı tutmayan davacı, açtığı davada verilen **hüküm kesinleştikten sonra**, alacağının geri kalan kısmını dava etmek istediğinde, karşısına kesin hüküm engeli çıkacaktır. Çünkü bu davanın **kısmi dava olduğu belirtilmemişse**, aslında tam bir eda davası olacaktır. Aynı taraflar arasında, aynı dava sebebine dayanarak, aynı konuda açılmak istenen dava için, ilk davada verilen hüküm kesin hüküm oluşturduğundan, ikinci kez açılan dava kesin hüküm sebebiyle reddedilecektir. Bu nedenle alacaklının kesin hüküm engeli ile karşılaşmamak için **alacağının geri kalan kısmını saklı tutmasa da bu davanın bir kısmi dava olduğunu belirtmesi uygun olur**. Davacı alacağının geri kalan kısmını kesin hükümden önce öne sürecek ise, bu durumda açtığı davanın kısmi dava olduğunu belirtmesine gerek bulunmamaktadır.”<sup>2</sup>

Biz bu uyarılara şu eklemeyi yapacağız: Eğer “kısmi dava” dilekçesinin açıklama bölümünde davacının (bölünebilir) alacağının bir bölümünü istediği, “tartışmalı” olan bölüm için bu davayı açtığı açıkça belli ise, artık davasının “kısmi dava” olduğunu ve/veya “fazlaya ilişkin haklarını saklı tuttuğunu” ayrıca belirtmemiş olsa bile, dilekçesinin içeriğine bakılarak davası “kısmi dava” olarak kabul edilmelidir

<sup>1</sup> Özellikle, değerli hoca Sn.Baki Kuru, 6100 sayılı Yasa’nın tanıtım toplantısında bu uyarıyı yapmış, Yasa’daki hükme rağmen “Siz gene de fazlaya ilişkin haklarınızı saklı tuttuğunuzu açıklayınız, demişlerdir.

<sup>2</sup> Prof.Dr.Hakan Pekcanitez, Belirsiz Alacak Davası, Yetkin Yayınları,2011, sayfa: 68-69